

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
Relativas a Inversiones**

Burlington Resources Inc. y otros
DEMANDANTES

c.

República del Ecuador

y

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)
DEMANDADAS

Caso CIADI No. ARB/08/5

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 1
sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente

Dictada por el Tribunal de arbitraje integrado por:
Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta
Prof. Brigitte Stern, Árbitro
Prof. Francisco Orrego Vicuña, Árbitro

Secretario del Tribunal
Marco Tulio Montañés-Rumayor

Fecha: 29 de junio de 2009

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| ÍNDICE | 2 |
| I. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES | 3 |
| A. Objeto de la presente resolución | 3 |
| B. Origen de la controversia | 3 |
| C. Solicitud de arbitraje | 7 |
| D. Antecedentes procesales | 8 |
| II. POSICIONES DE LAS PARTES | 11 |
| A. Posición de la Demandante | 11 |
| B. Posición de las Demandadas | 13 |
| III. ANÁLISIS | 16 |
| A. CUESTIONES PRELIMINARES | 16 |
| B. NORMAS APLICABLES | 17 |
| 1. Marco jurídico..... | 17 |
| 2. Requisitos de las medidas provisionales | 19 |
| C. EXISTENCIA DE DERECHOS | 19 |
| 1. Derecho de exclusividad conforme al Artículo 26 del Convenio del CIADI | 20 |
| 2. Derecho a que se mantenga el <i>statu quo</i> y a que no se agrave la controversia | 21 |
| 3. Derecho al cumplimiento específico (y a la preservación de la efectividad del laudo) | 24 |
| D. URGENCIA | 25 |
| E. NECESIDAD DE EVITAR EL DAÑO | 26 |
| F. CUENTA DE DEPÓSITO EN CUSTODIA | 30 |
| IV. DECISIÓN | 31 |

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

A. Objeto de la presente resolución

1. La presente resolución se refiere a la solicitud de medidas provisionales por la cual Burlington Resources Oriente Limited (“Burlington Oriente”; excluidas las otras demandantes en este arbitraje) solicita al Tribunal lo siguiente:
 - i) que Ecuador y Petroecuador y/o sus organismos o entidades se abstengan de exigir el pago de los montos presuntamente adeudados en virtud de la Ley 2006-42 y de iniciar cualquier conducta o adoptar cualquier resolución o decisión que pueda conducir directa o indirectamente al cobro coactivo o forzoso de las cantidades relacionadas con la Ley 2006-42;
 - ii) que Ecuador y Petroecuador y/o sus organismos o entidades se abstengan de dictar o instrumentar cualquier medida, decisión o resolución que afecte directa o indirectamente la situación jurídica de los contratos de participación de los Bloques 7 y 21 o esté destinada a poner término a dichos contratos; y
 - iii) que Ecuador y Petroecuador y/o sus organismos o entidades se abstengan de realizar cualquier otra acción que agrave la controversia entre las partes y/o modifique el *statu quo*, incluyendo la iniciación de cualquier acción o la adopción de cualquier resolución o decisión que afecte directa o indirectamente la integridad jurídica o física de los representantes de Burlington Oriente.

B. Origen de la controversia

2. La presente controversia se origina de dos contratos de participación (“CPs”) para la exploración y explotación de yacimientos petrolíferos en la región amazónica. El primer contrato, que se relaciona con el Bloque 7, se celebró el 23 de marzo de 2000 entre Kerr McGee Ecuador Energy Corporation, Preussag Energie GmbH, Sociedad Internacional Petrolera S.A., Compañía Latinoamericana Petrolera Número Dos S.A., por una parte, y la República del Ecuador (“Ecuador”), por intermedio de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“Petroecuador”), por la otra parte (el “CP del Bloque 7”). El segundo contrato, que se relaciona con el

Bloque 21, se celebró el 20 de marzo de 1999 entre Oryx Ecuador Energy Company, Santa Fe Minerales del Ecuador S.A., Sociedad Internacional Petrolera S.A. y Compañía Latinoamericana Petrolera S.A., por una parte, y Ecuador, por intermedio de Petroecuador, por otra parte (el “CP del Bloque 21”). Burlington Resources Oriente Limited (“Burlington Oriente”) alega que actualmente posee una participación del 42,5% en el CP del Bloque 7 y del 46,25% en el CP del Bloque 21, lo que no fue impugnado. Perenco Ecuador Limited (“Perenco”) es el operador de los Bloques 7 y 21.

3. Ambos CPs contienen cláusulas de estabilización tributarias, de selección de la legislación ecuatoriana como derecho aplicable, y una cláusula de arbitraje del CIADI.
4. Conforme a lo dispuesto en su Artículo 6(2), el CP del Bloque 7 expirará el 16 de agosto de 2010. Por el contrario, según lo establecido en los Artículos 6(2)(5) y 6(3) del CP del Bloque 21, el período de explotación previsto en dicho contrato es de veinte (20) años desde la fecha de autorización de Petroecuador, es decir, presuntamente hasta 2021. Asimismo, se especifica que mediante carta del 24 de diciembre de 2008 (Anexo C-49), el Ministerio de Energía y Minas invitó a Perenco a formar un equipo de negociación para la terminación anticipada del CP del Bloque 21 (tal como fue confirmado en la carta del Ministerio del 26 de enero de 2009) (Anexo E-3).
5. Burlington Oriente y Perenco constituyeron un consorcio que es responsable de las obligaciones tributarias derivadas de los CPs.
6. El 19 de abril de 2006, Ecuador promulgó la Ley 2006-42 (“Ley 42”), que introdujo la siguiente modificación en la Ley de Hidrocarburos de Ecuador:

“Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la

liquidación, **reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios [...]** (Anexo C-7, Artículo 2; énfasis agregado).

7. En los Decretos 1583 (29 de junio de 2006) y 1672 (13 de julio de 2006) se detalló el método utilizado para calcular dicho 50% de participación. Surge del expediente que el “*precio de referencia*” (es decir, “*el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de la suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación*”) es US\$25 por barril para el Bloque 7 (Transcripción en español, página 168) y US\$15 por barril para el Bloque 21 (Anexo C-41). En otras palabras, si “*el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano*” fuera, por ejemplo, US\$40, la participación del Ecuador equivaldría al 50% de US\$15, es decir US\$7,5 en el caso del Bloque 7, y al 50% de US\$25, es decir US\$12,5 en el caso del Bloque 21.
8. El 18 de octubre de 2007, Ecuador publicó el Decreto 662 (“Decreto 662”; a partir de aquí, toda referencia a la Ley 42 incluye el Decreto 662, salvo indicación en contrario), que enmendó el Decreto 1672 y aumentó la participación en los “*ingresos extraordinarios*” del 50% al 99%, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 42. En el ejemplo del párrafo anterior, la participación del Ecuador equivaldría al 99% de US\$15, es decir, US\$14,85 en el caso del Bloque 7, y al 99% de US\$25, es decir, US\$24,75 en el caso del crudo del Bloque 21.
9. Desde la promulgación de la Ley 42 hasta junio de 2008, es decir, durante 18 meses desde la adopción de dicha ley y ocho meses desde que se dictó el Decreto 662, el Consorcio efectuó los pagos adeudados al Estado en virtud de dichos textos (en adelante, y salvo indicación en contrario, la expresión “pagos de la Ley 42” incluirá los pagos realizados en el marco del Decreto 662). En concreto, el Consorcio alega que en junio de 2008 “*había realizado a favor de Ecuador los pagos bajo la Ley 2006-42 para los Bloques 7 y 21 por un monto superior a US\$396,5 millones*” (Solicitud de medidas provisionales, párrafo 25).

10. De allí en adelante, el Consorcio dejó de realizar dichos pagos a la Demandada. En lugar de ello, depositó las sumas adeudadas en virtud de la Ley 42 (y del Decreto 662), que presuntamente ascendían a un total de US\$327,4 millones (US\$171,7 millones correspondientes al Bloque 7 y US\$155,7 millones correspondientes al Bloque 21) en dos cuentas separadas, sobre las cuales mantiene el control.
11. Tras la decisión de Burlington Oriente de rechazar la propuesta de Ecuador de enmendar los CPs de los Bloques 7 y 21, Ecuador habría amenazado con incautar activos del Consorcio a manera de cobro de los montos impagos relacionados con la Ley 42 y poner término a los CPs de los Bloques 7 y 21. Petroecuador cursó notificaciones a Perenco (Anexo C-55) en orden al cobro de US\$327.467.447,00 (correspondiente a todo el Consorcio).
12. El 19 de febrero de 2009, Ecuador y Petroecuador (a través del Juzgado de Coactivas de Petroecuador) instituyeron el denominado juicio de coactivas para exigir el pago de US\$327.467.447,00 correspondiente a los montos presuntamente adeudados por el Consorcio en virtud de la Ley 42.
13. El 25 de febrero de 2009, Petroecuador envió la tercera notificación del juicio de coactivas a Perenco, que promovió una acción ante el juez civil de Pichincha contra cualquier otra acción que pudiera iniciarse en el marco del juicio de coactivas¹.
14. El 3 de marzo de 2009, el juzgado administrativo de coactivas ordenó la incautación inmediata de toda la producción y cargamentos de crudo de los Bloques 7 y 21 de Perenco, decisión que fue confirmada por el Juez de lo Civil de Pichincha el 9 de marzo de 2009 (Anexo C-60).
15. Durante la audiencia, Burlington Oriente afirmó que el “[juez de coactivas] *decidió tratarla* [la deuda por los pagos en virtud de la Ley 42] *como res judicata. Se incautaron los activos y fueron vendidos para obtener el*

¹ No está claro si fue sólo Perenco o todo el Consorcio (tal como declaró la Demandada; véase el párrafo 40 de la Réplica) el que entabló una acción ante los tribunales ecuatorianos.

pago” (Transcripción, página 31). Las Demandadas no rebatieron dicha declaración. De hecho, habían manifestado en una carta del 3 de marzo de 2009 que “el ‘juez de coactivas’ ha tomado o tomará en forma inminente medidas encaminadas a la incautación de algunos activos para satisfacer las deudas reclamadas en el Anexo C-55 adjunto a la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente”. Si bien no se especificó ningún monto, no se cuestiona el hecho de que Ecuador ha incautado ciertas cantidades de petróleo producidas por Burlington. En cambio, no se ha demostrado que se hayan incautado otros activos, tales como equipos utilizados en la producción.

C. Solicitud de arbitraje

16. El 21 de abril de 2008, Burlington Resources Inc., Burlington Oriente, Burlington Resources Andean Limited y Burlington Resources Ecuador Limited presentaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI, en la que pidieron la siguiente reparación:

“a) SE DECLARE que Ecuador ha violado:

- i) el Artículo III del Tratado [entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones], al haber expropiado ilegalmente y/o tomado medidas equivalentes a la expropiación respecto de las inversiones de Burlington en Ecuador;
- ii) el Artículo II del Tratado, al haber concedido a las inversiones de Burlington en Ecuador un trato menos favorable que el que otorga a sus nacionales; al no haber concedido a las inversiones de Burlington un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, y un trato no menos favorable que el que exige el derecho internacional; y al haber adoptado medidas arbitrarias y discriminatorias contra inversiones de Burlington; y
- iii) cada uno de los CPs;

b) SE ORDENE a Ecuador: i) pagar a Burlington, con motivo de las violaciones del Tratado, un monto que se determinará en una etapa posterior de este proceso, incluido el pago de interés compuesto a la tasa y por el tiempo que el Tribunal considere justo y apropiado hasta el pago completo y efectivo de los daños y perjuicios adjudicados por la violación del Tratado; y/o ii) dar cumplimiento específico a las obligaciones que asumió en virtud de los CPs y pagar, en concepto de daños y perjuicios por haber violado dichos contratos, un monto que se determinará en una

etapa posterior de este proceso, incluido el pago de interés a la tasa y por el tiempo que el Tribunal considere justo y apropiado hasta el pago completo y efectivo de los daños y perjuicios otorgados por la violación de los CPs;

- c) OTORGUE cualquier otro remedio que el Tribunal considere apropiado, y
- d) ORDENE a Ecuador pagar todos los costos y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios de abogados y peritos de Burlington, los honorarios y gastos de los peritos designados por el Tribunal, los honorarios y gastos del Tribunal, y otros costos del CIADI”.

D. Antecedentes procesales

- 17. El 20 de febrero de 2009, Burlington Oriente presentó una solicitud de medidas provisionales (la “Solicitud”).
- 18. La Solicitud se presentó acompañada de varios anexos, como la declaración testimonial del Sr. Alex Martínez, e incluyó el pedido de una orden de restricción temporal de efecto inmediato.
- 19. El 23 de febrero de 2009, la Primera Demandada (Ecuador) respondió a la solicitud de una orden temporal de restricción presentada por la Demandante. En particular, se comprometió *“a notificar anticipadamente al Tribunal, dándole tiempo suficiente para que actúe en caso de ser necesario, antes de tomar cualquier medida encaminada a ejecutar las deudas reclamadas en el Anexo C-55, que acompaña a la solicitud de medidas provisionales”* (traducción del Tribunal). Sobre la base de este compromiso, el Tribunal consideró que podía abstenerse de examinar si se justificaba dictar una orden temporal de restricción de efecto inmediato hasta tanto se pronunciara sobre la Solicitud de medidas provisionales.
- 20. El 25 de febrero de 2009, Burlington Oriente reiteró su solicitud de una orden temporal de restricción, alegando que se había cursado la tercera notificación en el marco del juicio de coactivas y que una vez transcurridos tres días de dicha notificación, las Demandadas podían comenzar a incautar activos. La Primera Demandada respondió el 26 de febrero de 2009, reiterando su compromiso.

21. El 27 de febrero de 2009, el Tribunal de Arbitraje resolvió nuevamente que no era necesario pronunciarse sobre la solicitud de Burlington Oriente, en razón de las reiteradas garantías ofrecidas por Ecuador.
22. El 3 de marzo de 2009, Burlington Oriente volvió a solicitar una orden temporal de restricción alegando la presunta inminencia de las incautaciones de sus activos en virtud de dos resoluciones dictadas en esa misma fecha por el juzgado de coactivas.
23. El 4 de marzo de 2009, la Primera Demandada presentó una contestación preliminar a la Solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente (la “Contestación Preliminar”).
24. El 6 de marzo de 2009, a la luz de la información recibida tres días antes, el Tribunal de Arbitraje recomendó *“que las Demandadas se abst[uvieran] de realizar todo acto que agrav[ara] la controversia entre las partes y/o afect[ara] el statu quo hasta que se pronuncie[ara] sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por las Demandantes o reconsider[ara] la presente recomendación, si esto último fuera primero”* (Traducción del Tribunal). Al formular dicha recomendación, el Tribunal de Arbitraje determinó que se cumplían los requisitos de urgencia y necesidad. Consideró, en particular, que el derecho de Burlington Oriente a la protección efectiva de sus intereses a través de medidas provisionales era suficiente para demostrar la necesidad en las circunstancias del caso.
25. El 17 de marzo de 2009, la Primera Demandada presentó su contestación a la Solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente (la “Contestación”), junto con una solicitud de reconsideración de la recomendación formulada por el Tribunal el 6 de marzo de 2009. El 25 de marzo de 2009, la Demandante presentó una réplica a dicha solicitud de reconsideración. El 3 de abril de 2009, el Tribunal de Arbitraje denegó la solicitud de reconsideración de la Primera Demandada, alegando que no se había registrado ningún cambio de circunstancias que ameritase la reconsideración y que la audiencia sobre medidas provisionales se llevaría a cabo poco tiempo después.

26. El 27 de marzo de 2009, la Demandante presentó su réplica a las contestaciones del Ecuador sobre la Solicitud de medidas provisionales (la “Réplica”), y el 6 de abril de 2009, las Demandadas presentaron su escrito de dúplica a la Solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente (la “Dúplica”).
27. La audiencia sobre medidas provisionales tuvo lugar el 17 de abril de 2009 en la ciudad de Washington, D.C., y contó con la asistencia de las siguientes personas:

Miembros del Tribunal

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta del Tribunal
Profesora Brigitte Stern, Árbitro
Profesor Francisco Orrego Vicuña, Árbitro

Secretariado del CIADI

Sr. Marco T. Montañés-Rumayor, Secretario del Tribunal

En representación de las Demandantes

Sra. Aditi Dravid, ConocoPhillips Company
Sr. Alex Martínez, Burlington Resources Oriente Limited
Sr. Alexander Yanos, Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Noiana Marigo, Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Viren Mascarenhas, Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Javier Robalino-Orellana, Pérez Bustamante & Ponce Abogados
Cía Ltda.

En representación de la Primera Demandada, la República del Ecuador

Sr. Álvaro Galindo Cardona, Director de Patrocinio Internacional,
Procuraduría General del Estado
Sr. Juan Francisco Martínez, Procuraduría General del Estado
Sr. Felipe Aguilar, Procuraduría General del Estado
Sr. Eduardo Silva Romero, Dechert LLP
Sr. George K. Foster, Dechert LLP
Sr. José Manuel García Represa, Dechert LLP

En representación de la Segunda Demandada, Petroecuador

Dr. José Murillo Venegas, Empresa Estatal Petróleos del Ecuador

Dr. Wilson Narváez, Empresa Estatal Petróleos del Ecuador

En la audiencia, el Tribunal escuchó los argumentos orales de las partes, así como el testimonio del Sr. Martínez. Asimismo, se realizó una transcripción de las actuaciones, en inglés y en español, que se distribuyó a las partes.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

A. Posición de la Demandante

28. La Demandante sostiene que la adopción de medidas provisionales está supeditada al cumplimiento de dos requisitos: urgencia, y necesidad de evitar que los derechos de una parte sufran un daño considerable.
29. La Demandante interpreta el primer requisito –urgencia– en sentido amplio, que incluye situaciones en las cuales la protección no puede esperar al laudo. En el presente caso, afirma que la urgencia surge del plan de las Demandadas de exigir el pago de todos los montos adeudados en el marco de la Ley 42.
30. Con respecto a la necesidad, la Demandante destaca que en el presente caso la distinción entre daño “*considerable*” e “*irreparable*” es intrascendente. Según la Demandante, ni el Convenio del CIADI ni el derecho internacional exigen que haya daño irreparable, y varios tribunales internacionales han interpretado la frase en un sentido amplio (*Paushok c. Mongolia, City Oriente c. Ecuador, Saipem c. Bangladesh*). Asimismo, sostiene que los tribunales de arbitraje del CIADI han interpretado la “necesidad” de medidas provisionales en el sentido de evitar un daño no tanto “*irreparable*” sino “*considerable*”. Según la Demandante, los tribunales del CIADI también han tenido muy en cuenta la proporcionalidad de las medidas a la hora de analizar si éstas eran necesarias.

31. La Demandante sostiene que la necesidad está presente en este caso en tres formas:

- i) Las medidas provisionales son necesarias para preservar los derechos de que goza la Demandante en el marco del Artículo 26 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, según los cuales “[...] una vez que las partes han decidido someterse al arbitraje del CIADI, no pueden recurrir a otros foros en relación con el objeto de la controversia presentada ante el Tribunal del CIADI” (Réplica, párrafo 32) (Traducción del Tribunal). La Demandante sostiene que a través del juicio de coactivas las Demandadas procuran obtener un remedio provisional contra ella, contraviniendo así los derechos mencionados.
- ii) Las medidas provisionales son necesarias para proteger el derecho independiente de Burlington Oriente al cumplimiento específico de los CPs de los Bloques 7 y 21. El derecho al cumplimiento específico está contemplado en el derecho ecuatoriano, conforme lo establece el artículo 1505 del Código Civil y tal como fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el caso *Tecco c. IEOS*. La Demandante también argumenta que el derecho de Burlington Oriente de exigir el cumplimiento específico no sobreviviría a la terminación de los CPs y que se trata de un derecho de propiedad que merece protección para evitar su disipación o destrucción. Sustancialmente, la Demandante sostiene que las medidas de las Demandadas pondrán fin de manera irreversible al derecho de Burlington Oriente de reclamar el cumplimiento específico de los CPs mediante la terminación efectiva de estos últimos.
- iii) Las medidas provisionales son necesarias para proteger los derechos independientes de Burlington Oriente a que se mantenga el *statu quo*, a que no se agrave la controversia y a que se asegure la efectividad del laudo. Estos derechos corren el riesgo de sufrir daño irreparable debido a las acciones de las Demandadas. En particular, según la Demandante, la aplicación del Ley 42 afectaría el *statu quo* y agravaría la controversia, además de frustrar la efectividad del laudo, en especial de un laudo en el que se ordene el cumplimiento específico.

32. La Demandante agrega que su Solicitud de medidas provisionales no sólo responde al criterio de necesidad, sino que también cumple con el requisito de proporcionalidad. Señala que “[d]ado que Ecuador no ha exigido el cumplimiento de la Ley 2006-42 desde junio de 2008, cuando el Consorcio comenzó a depositar [la suma] en una cuenta separada, no se impondría ninguna carga adicional a Ecuador si el Tribunal autorizara al

Consortio o a Burlington Oriente a continuar depositando dichos montos en una cuenta separada o en una cuenta oficial de depósito en custodia” (Solicitud, párrafo 74) (Traducción del Tribunal).

33. El Tribunal de Arbitraje toma nota, asimismo, de la declaración del Sr. Alex Martínez, miembro del Directorio de Burlington Oriente y Gerente de operaciones de alianzas en América Latina y Gerente de oportunidades en Perú de ConocoPhillips Corporation, quien manifestó: “[s]i, en efecto, Ecuador incauta los activos de producción del Consortio Perenco-Burlington Oriente y/o el petróleo producido por el Consortio, Burlington Oriente se verá forzada a abandonar los Bloques 7 y 21, ya que en este contexto se verá obligada a invertir dinero en la producción de petróleo para beneficio exclusivo de Petroecuador” (Declaración testimonial de Alex Martínez, párrafo 10) (Traducción del Tribunal).

B. Posición de las Demandadas

34. En su Contestación preliminar, Contestación y Dúplica, la Primera Demandada (Ecuador) expuso sus argumentos contra la Solicitud de la Demandante. La Segunda Demandada (Petroecuador) declaró en sus cartas del 31 de marzo, 2 de abril y 6 de abril de 2009 que se oponía a la Solicitud de la Demandante y se adhería a la posición de la República del Ecuador, tal como consta en los escritos mencionados. Por lo tanto, de aquí en adelante el Tribunal de Arbitraje considerará que la posición expresada en los escritos de la Primera Demandada corresponde a ambas Demandadas (la cuestión de la admisibilidad de la oposición de Petroecuador a la Solicitud se aborda en el párrafo 43).
35. Las Demandadas afirman al comienzo de sus escritos que los actos de la Demandante contra la aplicación de una ley vigente en Ecuador atentan contra la soberanía del país. Asimismo, alegan que las medidas legislativas adoptadas por un Estado gozan de una presunción de validez; que cualquier pérdida podría compensarse con un laudo sobre daños e intereses, y que la Demandante admite que podría cumplir sus obligaciones de pago de las sumas objeto de controversia dado que declaró haber depositado los montos correspondientes en cuentas

radicadas en los Estados Unidos. Las Demandadas también manifiestan que la Solicitud de la Demandante no es urgente ni necesaria.

36. Las Demandadas subrayan que el estándar para determinar si corresponde dictar medidas provisionales es la existencia de una necesidad urgente de evitar un perjuicio irreparable, conforme a la práctica de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En particular, destacan que ningún tribunal del CIADI ha rechazado nunca el criterio de daño “*irreparable*” a favor del de daño “*considerable*”. Asimismo, declaran que la referencia que hace Burlington Oriente a los casos *Paushok c. Mongolia* y *City Oriente c. Ecuador* no resulta pertinente, puesto que en el segundo de esos casos la existencia de daño irreparable se verificó en los hechos, y en el primero, el tribunal de arbitraje reconoció que contrariaba a la jurisprudencia.
37. Asimismo, las Demandadas entienden la urgencia de la siguiente manera: “[...] *es probable que se tomen medidas que menoscaben los derechos de Burlington Oriente antes de que el Tribunal pueda resolver finalmente el fondo de la controversia puesta a su consideración*” (Contestación preliminar, párrafo 8) (Traducción del Tribunal). Las Demandadas también declaran que “*el hecho de que Burlington Oriente aplique la llamada ‘prueba de proporcionalidad’ introduce un elemento de confusión en el asunto*” (Contestación preliminar, párrafo 52) (Traducción del Tribunal).
38. Las Demandadas no consideran que la necesidad de protección frente a la terminación de los CPs revista carácter de urgente dado que Ecuador confirmó el 23 de febrero de 2009 al Tribunal de Arbitraje que ninguna de las Demandadas había tomado medidas en ese sentido.
39. Las Demandadas también se opusieron a los argumentos de la Demandante argumentando que Burlington Oriente no ha identificado ningún derecho sustancial que debiera salvaguardarse a través de medidas provisionales:
 - i) El juicio de coactivas no pone en riesgo los derechos de que gozan las Demandadas en virtud del Artículo 26 del Convenio del CIADI y

la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Dicho proceso no reviste carácter judicial, sino administrativo. En consecuencia, no implica la resolución de ninguno de los asuntos que se tratan en el presente arbitraje. Los únicos procedimientos ante los tribunales ecuatorianos (es decir, ante el Juzgado de lo Civil de Pichincha) fueron iniciados por las Demandantes, no por alguna de las Demandadas.

- ii) Burlington Oriente no tiene derecho al cumplimiento específico de los CPs, máxime cuando ello provocaría un daño irreparable, a falta de una sentencia de amparo provisional. No se ha demostrado que Ecuador haya tenido verdaderamente la intención de poner término a los CPs. Por el contrario, el Gobierno “**niega expresamente cualquier intención de ese tipo**” (Dúplica, párrafo 21, énfasis del original) (Traducción del Tribunal). Aunque Ecuador tuviera dicha intención, Burlington Oriente no estaría facultada para exigir el cumplimiento específico al amparo del derecho internacional. La legislación ecuatoriana no reconoce ese derecho cuando el objeto de la obligación es contrario a la ley, tal como ocurriría en este caso, dado que el cumplimiento efectivo de los CPs violaría la Ley 42. Asimismo, un tribunal carece de fundamentos tanto para ordenar a un Estado soberano terminar un contrato como para ordenarle que lo restablezca una vez terminado.
 - iii) En el derecho internacional, el derecho a que se mantenga el *statu quo*, a que no se agrave la controversia y a que se asegure la efectividad del laudo no son independientes de los derechos que surgen de contratos o tratados. El mantenimiento del *statu quo* es uno de los objetivos que se pretende cumplir al salvaguardar, a través de medidas provisionales, los derechos emanados del Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Independientemente de que Burlington Oriente tenga o no derecho al mantenimiento del *statu quo*, no cabe duda de que fue esa empresa la que lo alteró al dejar de pagar las sumas adeudadas a Ecuador. Por último, no existe riesgo de que el cumplimiento de la Ley 42 agrave la controversia o torne ineficaz cualquier laudo que se dicte en el futuro, puesto que la controversia puede resolverse fácilmente mediante una indemnización.
40. Las Demandadas argumentan, asimismo, que las alegaciones de la Demandante respecto de la amenaza a la integridad física y jurídica de los representantes de Burlington carecen de especificidad, por lo que corresponde desestimarlas.

III. ANÁLISIS

41. El Tribunal abordará primero algunas cuestiones preliminares (A). A continuación, se concentrará en los estándares aplicables a las medidas provisionales en general (B), tras lo cual examinará cada uno de los estándares, es decir, la existencia de derecho (C), la urgencia (D) y la necesidad de evitar un daño (E). Por último, tratará la cuestión de la cuenta de depósito en custodia (F), y dará a conocer su decisión (IV).

A. CUESTIONES PRELIMINARES

42. El Tribunal de Arbitraje abordará primero algunas cuestiones procesales que surgieron durante la audiencia del 17 de abril y durante los intercambios por escrito anteriores, a saber, la oportunidad de la oposición de Petroecuador a la Solicitud; la utilización, por parte de Burlington Oriente, de una presunta declaración formulada por el presidente Correa, y la solicitud de reparación con motivo de la presunta amenaza a la integridad física y jurídica de los representantes de la Demandante.
43. Burlington Oriente sostiene que el apoyo brindado por Petroecuador a la posición de Ecuador el 31 de marzo de 2009 (confirmado el 1 y el 6 de abril de 2009 y reiterado en la audiencia; Transcripción, página 13-14) fue extemporáneo y, por lo tanto, no debería considerarse. Petroecuador concurrió a la audiencia sin presentar ningún argumento oral propio, tal como lo entendió el Tribunal en su carta del 8 de abril de 2009. Dado que Petroecuador no realizó ninguna presentación oral ni escrita propia, salvo para adherirse a los argumentos de Ecuador, el hecho de que dicha adhesión no respetase el cronograma de presentación de los escritos no afectó los derechos de la Demandante al debido proceso. Por lo tanto, el Tribunal considera que sería extremadamente formalista desestimar el respaldo de Petroecuador a la posición de la Primera Demandada.
44. Como segunda cuestión preliminar, las Demandadas impugnan la decisión de Burlington Oriente de utilizar en la audiencia una declaración formulada por el presidente Correa en 2008 (Transcripción, página 24).

Dado que en ese momento el expediente no contenía pruebas de dicha declaración, el Tribunal de Arbitraje no la tomará en cuenta para fines de esta decisión.

45. Como tercera cuestión preliminar, las Demandadas manifiestan que Burlington Oriente había desistido de su solicitud de amparo basada en la amenaza a la integridad física y jurídica de sus representantes (Transcripción, páginas 97-98). El Tribunal de Arbitraje toma nota, en efecto, de que Burlington Oriente no impugnó dicha declaración durante la audiencia. Sea como fuere, la alegación de amenazas carece, de todos modos, de respaldo probatorio, por lo que el Tribunal dejará a un lado su análisis².
46. Como última observación sobre las cuestiones preliminares, el Tribunal hace constar que la presente resolución se basa en el expediente en el estado en que se encuentra a la fecha. Nada de lo especificado impedirá la incorporación posterior de nuevas conclusiones de hecho y de derecho.

B. NORMAS APLICABLES

1. Marco jurídico

47. Las normas pertinentes se encuentran en el Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que según se admite en general confieren amplia discreción al Tribunal de Arbitraje.
48. En el Artículo 47 del Convenio se establece que

“[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes”.

² Un enfoque similar puede observarse en *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/11), Decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párrafo 89: “En otros términos, las Demandantes promueven la adopción de una medida provisional encaminada a impedir un acto que ni siquiera tienen certeza de que se esté programando. Ese no es el objeto de una medida provisional. Las medidas provisionales no están destinadas a brindar protección frente a los perjuicios potenciales o hipotéticos a que puedan dar lugar actos de los que no existe certeza, sino a brindar protección a la parte solicitante frente a perjuicios inminentes”).

49. La Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece lo siguiente:

- (1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.
- (2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).
- (3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.
- (4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

[...]

No es objeto de controversia entre las partes el hecho de que el Tribunal de Arbitraje tiene la facultad de dictar medidas provisionales antes de pronunciarse sobre su competencia, pero no ejercerá dicha facultad a menos que haya fundamentos para sostener, *prima facie*, que posee jurisdicción.

50. Las medidas provisionales fueron solicitadas por Burlington Oriente, es decir, una de las llamadas “*subsidiarias de Burlington*” (Solicitud de Arbitraje, párrafo 1). Las “*subsidiarias de Burlington*” (vale decir, Burlington Oriente, Burlington Resources Ecuador Limited y Burlington Resources Andean Limited) pretenden ser indemnizadas por la violación de los CPs por parte de las Demandadas (Solicitud de Arbitraje, párrafo 3). En lo que respecta a las subsidiarias de Burlington, las Demandantes afirman que el CIADI tiene jurisdicción a la luz de las cláusulas arbitrales incluidas en la Sección 20.3 del CP del Bloque 7 y la Sección 20.2.19 del CP del Bloque 21:

“A través de lo establecido expresamente en los CPs de los Bloques 7, 21 y 23, las partes aceptaron la jurisdicción del CIADI desde el momento en que el Convenio del CIADI fue ratificado por Ecuador. Ecuador ratificó el Convenio del CIADI el 7 de febrero de 2001. Así pues, a partir de esa

fecha todas las partes de los CPs de los Bloques 7, 21 y 23 han aceptado el arbitraje del CIADI para resolver la controversia objeto del presente documento” (Solicitud de Arbitraje, párrafo 131) (Traducción del Tribunal).

Por lo tanto, el Tribunal considera que tiene jurisdicción *prima facie* para dictar la presente resolución.

2. Requisitos de las medidas provisionales

51. No existe desacuerdo entre las partes, y corresponde que así sea, en que sólo pueden otorgarse medidas provisionales, en el marco de las normas y los estándares pertinentes, si efectivamente existen derechos que proteger (Sección C, *infra*) y las medidas son urgentes (Sección D, *infra*) y necesarias (Sección E, *infra*). Este último requisito implica una evaluación del riesgo de daño que se pretende evitar a través de las medidas. Por el contrario, las partes difieren en cuanto a la naturaleza del daño. La Demandante sostiene que basta la existencia de un daño considerable, mientras que las Demandadas insisten en que el daño debe ser irreparable. Asimismo, las partes están de acuerdo en cuanto al tipo y existencia de los derechos que se pretenden salvaguardar. El Tribunal procederá a examinar ahora los diferentes requisitos de las medidas provisionales que se acaban de enumerar y las posiciones divergentes de las partes a ese respecto.

C. EXISTENCIA DE DERECHOS

52. Burlington Oriente afirma que hay tres clases de derechos que requieren protección a través de medidas provisionales; a saber, el derecho de acudir exclusivamente al CIADI al amparo del Artículo 26 del Convenio del CIADI (1); los derechos a que se mantenga el *statu quo*, a que no se agrave la controversia y a que se asegure la efectividad del laudo arbitral (2), y el derecho de exigir el cumplimiento específico de los CPs (3).
53. Para comenzar, se constata la coincidencia de las partes en cuanto a que el Tribunal debe examinar la existencia de los derechos a la luz de un criterio de presunción *prima facie* (Transcripción, páginas 174, 185, 186 y

207). El Tribunal no puede exigir pruebas concretas, sino que debe estar convencido de que los derechos existen *prima facie*.

1. Derecho de exclusividad conforme al Artículo 26 del Convenio del CIADI

54. En primer lugar, Burlington Oriente sostiene concretamente que las medidas provisionales son necesarias para preservar la exclusividad de los procedimientos del CIADI conforme al Artículo 26 del Convenio del CIADI, en el que esencialmente se dispone que “[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

55. La Demandante afirma que en el juicio de coactivas se están resolviendo cuestiones que constituyen el objeto de controversia en el presente caso. Las Demandadas responden que dicho proceso no reviste carácter judicial sino administrativo, es decir, que no da lugar a la *res judicata* ni impide que la controversia sea resuelta por este Tribunal.

56. A juicio del Tribunal, caben aquí dos preguntas. En primer lugar, ¿existe un derecho a la jurisdicción exclusiva del CIADI que pueda salvaguardarse con medidas provisionales? Si la respuesta es afirmativa, la segunda pregunta que se impone es si en el presente caso ese derecho se halla amenazado si no se dictan medidas provisionales.

57. El Tribunal no duda de la existencia de un derecho de exclusividad susceptible de protección a través de medidas provisionales. Tal como el tribunal en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania* expresó:

“[e]ntre los derechos que pueden salvaguardarse con medidas provisionales se encuentra el derecho garantizado por el Artículo 26 a que el arbitraje del CIADI sea el único recurso para resolver la

controversia, con exclusión de cualquier otro remedio, nacional o internacional, judicial o administrativo”³ (Traducción del Tribunal).

58. Una vez aceptada la existencia de un derecho de esa naturaleza, ¿puede ponerlo en peligro la continuación del juicio de coactivas? Existen argumentos contrapuestos en el expediente acerca de la verdadera naturaleza jurídica y el objeto del juicio de coactivas (Transcripción, páginas 30-31, 53-67, 121-137), lo que impide al Tribunal llegar a una conclusión respecto de este asunto en el contexto de esta resolución. Por consiguiente, para fines de este examen limitado, el Tribunal no puede más que sostener que Burlington Oriente no ha logrado demostrar, *prima facie*, la violación del Artículo 26 del Convenio del CIADI.

2. Derechos a que se mantenga el *statu quo* y a que no se agrave la controversia

59. En segundo lugar, Burlington Oriente sostiene la existencia de derechos a que se mantenga el *statu quo*, a que no se agrave la controversia y a que se asegure la efectividad del laudo. Las Demandadas objetan que tales derechos no surgen del Artículo 47 del Convenio del CIADI ni son derechos autónomos en el marco del derecho internacional, y que la Demandante sólo puede solicitar medidas para proteger los derechos sustantivos que sean objeto de controversia.

60. En opinión del Tribunal, los derechos que corresponde proteger con medidas provisionales no son solamente los que constituyen el objeto de la controversia o los derechos *sustantivos* a los que se refieren las Demandadas, sino que pueden extenderse a los derechos procesales, como el derecho a que se mantenga el *statu quo* y a que no se agrave la controversia. Estos últimos son, por lo tanto, derechos autónomos.

61. El Tribunal examinará ahora el derecho a que se mantenga el *statu quo* y a que no se agrave la controversia. Tal derecho se centra en la situación existente al momento en que se solicitan las medidas provisionales. Por el

³ *Tokios Tokelés c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/02/18), Resolución No. 3 de 18 de enero de 2005, párrafo 7; se ha omitido la cita.

contrario, el derecho a la protección de la efectividad del laudo está orientado al futuro y, en tal sentido, dadas las circunstancias del presente caso, se relaciona estrechamente con el derecho al cumplimiento específico. Por lo tanto, en el análisis de este último derecho, que el Tribunal aborda más adelante, se resuelve igualmente la cuestión relativa a la protección del laudo.

62. La existencia del derecho a que se mantenga el *statu quo* y a que no se agrave la controversia ha quedado firmemente establecida desde el caso *Electricity Company of Sofia y Bulgaria*⁴. En el mismo sentido, los trabajos preparatorios del Convenio del CIADI se referían a la necesidad de “mantener el *statu quo* entre las partes mientras esté pendiente la decisión final sobre el fondo del asunto”, y en el comentario a la edición de 1968 de las Reglas de Arbitraje del CIADI se explicaba que el Artículo 47 de la Convención “se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo.”⁵
63. En la jurisprudencia del CIADI, este principio fue sentado por primera vez en *Holiday Inns c. Marruecos*,⁶ y reiterado en *Amco c. Indonesia*. En el último de esos casos, el tribunal reconoció “la norma práctica, acertada y justa, según la cual ambas partes de una controversia de naturaleza jurídica deben abstenerse, en su propio beneficio, de realizar actos que puedan agravar o exacerbar dicha controversia, y dificultar así la solución”⁷ (Traducción del Tribunal).

⁴ *Electricity Company of Sofia y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, Sentencia del 5 diciembre de 1939, PCIJ series A/B, Núm. 79, página 199. Véase también el caso *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)*, Sentencia del 27 junio de 2001, párrafo 103, ICJ Reports 2001, página 466.

⁵ 1 ICSID Reports 99.

⁶ *Holiday Inns S.A. y otros c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI Núm. ARB/72/1), Resolución del 2 de julio de 1972, no del dominio público, comentada en Pierre Lalive, “The First ‘World Bank’ Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems”, BYIL, 1980.

⁷ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1), Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales del 9 de diciembre de 1983, ICSID Reports, 1993, página 412.

64. El principio fue ratificado en *Plama c. Bulgaria*⁸ (aunque con alcance un tanto más limitado), en *Occidental c. Ecuador*⁹, y en *City Oriente c. Ecuador*¹⁰.
65. A juicio del Tribunal, no hay dudas de que las incautaciones de la producción de petróleo dispuestas en el juicio de coactivas tienden a agravar la presente controversia. Hoy en día, ambos CPs están vigentes y, con sujeción a la controversia relativa a los pagos exigidos por la Ley 42, aparentemente se están ejecutando conforme a sus disposiciones. Si continúan las incautaciones, lo más probable es que el conflicto se agrave y existe el riesgo de que la relación entre el inversionista extranjero y Ecuador pueda llegar a su fin.
66. Al llegar a esta conclusión, el Tribunal comprende los argumentos de Ecuador acerca de su obligación de exigir la aplicación de su legislación municipal, y en particular la Ley 42. Sin embargo, el Convenio del CIADI le permite a un tribunal del CIADI dictar medidas provisionales en las condiciones previstas en el Artículo 47. Por consiguiente, al ratificar el Convenio del CIADI, Ecuador ha aceptado que un tribunal del CIADI ordene medidas de carácter provisional, incluso en una situación que pueda implicar cierto grado de interferencia con potestades soberanas y con la obligación de hacer cumplir las normas.
67. El Tribunal también tiene presente el argumento de las Demandadas de que Burlington Oriente es la responsable de haber alterado el *statu quo* al dejar de pagar las sumas adeudadas a Ecuador. Sin embargo, no puede hacer suyo este argumento. En realidad, el *statu quo* en cuestión, el que necesita protección —siempre y cuando se cumplan los demás requisitos— es el de mantenimiento de la cooperación entre las partes en el marco de los CPs.

⁸ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/04), Resolución del 6 de septiembre de 2005, párrafo 40.

⁹ *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/11), Decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párrafo 96.

¹⁰ *City Oriente Limited c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/21), Decisión sobre medidas provisionales del 19 de noviembre de 2007, párrafo 55.

68. En conclusión, el Tribunal declara que Burlington Oriente ha demostrado la existencia de un derecho a que se mantenga el *statu quo* y a que no se agrave la controversia.

3. Derecho al cumplimiento específico (y a la preservación de la efectividad del laudo)

69. En tercer lugar, la Demandante sostiene la existencia de un derecho al cumplimiento específico de los CPs y a que se preserve la efectividad del laudo que pueda respaldar ese derecho. Es materia de controversia si el cumplimiento específico es admisible en el derecho ecuatoriano y en el derecho internacional.

70. Con respecto al derecho internacional, el Artículo 35 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado prevé una restitución que incluye el cumplimiento específico, a menos que ello sea materialmente imposible o totalmente desproporcionado¹¹, cuestión que deberá tratarse en la etapa correspondiente al fondo del asunto. Es cierto que se ha afirmado que el derecho al cumplimiento específico no está contemplado por el derecho internacional cuando un Estado soberano ha terminado o cancelado un contrato de concesión para la explotación de recursos naturales. En el presente caso, dado que los CPs se encuentran vigentes, resulta innecesario considerar esa postura. En lo que respecta a la ley ecuatoriana, el recurso de cumplimiento específico parece estar previsto en el Artículo 1505 del Código Civil.

71. En consecuencia, existe, por lo menos a primera vista, un derecho al cumplimiento específico. Dicha posibilidad parece encontrar respaldo en otros elementos de hecho y de derecho: i) la reclamación de cumplimiento específico formulada por Burlington Oriente se basa en un contrato, no en un tratado; ii) los CPs aún se encuentran en ejecución, y iii) contienen una

¹¹ Véase también, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005, párrafo 400: “La restitución es el principio utilizado para restablecer la situación imperante antes de cometerse el acto ilícito, siempre que no sea sustancialmente imposible y no dé por resultado una carga desproporcionada en comparación con la compensación”.

cláusula de elección de la legislación ecuatoriana como derecho aplicable y una cláusula de estabilización tributaria. Por lo tanto, en el presente caso podría existir, por lo menos *prima facie*, un derecho al cumplimiento específico. Dadas las circunstancias, lo mismo podría afirmarse sobre el derecho a que se garantice la efectividad de un posible laudo en el futuro.

D. URGENCIA

72. Las partes convienen en que existe urgencia cuando resulta imposible esperar al laudo porque es probable que se realicen acciones que afecten los derechos del peticionante antes de que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo de la controversia. Difieren, en cambio, acerca de si los hechos del presente caso cumplen con el requisito de la urgencia. Las Demandadas, en particular, manifiestan que la amenaza de terminación de los CPs no crea una situación de urgencia puesto que el 23 de febrero de 2009 Ecuador confirmó al Tribunal que las Demandadas no habían tomado ninguna medida en ese sentido.
73. El Tribunal de Arbitraje reconoce que el criterio de urgencia se cumple cuando, tal como lo expresa Schreuer, “*una cuestión no puede esperar al resultado del laudo sobre el fondo del asunto*”¹² (Traducción del Tribunal). Ello está en consonancia con la práctica de la CIJ¹³. En el caso *Bewater Gauff c. Tanzania* también se ha dado la misma definición:

“A juicio del Tribunal de Arbitraje, el grado de ‘urgencia’ que se requiere depende de las circunstancias, incluidas las medidas provisionales solicitadas, y puede alcanzarse cuando una parte puede probar que es

¹² Christoph SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, página 751 (párrafo 17).

¹³ En las palabras de la CIJ, “[c]onsiderando que la facultad de la Corte de disponer medidas provisionales se ejercerá sólo si hay urgencia en el sentido de riesgo real de que se tomen medidas perjudiciales para los derechos de cualquiera de las partes antes de que la Corte emita su decisión final (véase, por ejemplo, *Passage through the Great Belt (Finlandia v. Denmark)*, Medidas provisionales, resolución del 29 de julio de 1991, ICJ Reports 1991, página 17, párrafo 23; *Certain Criminal Proceedings in France (República del Congo c. Francia)*, Medidas provisionales, resolución del 17 de junio de 2003, ICJ Reports 2003, página 107, párrafo 22; *Papeleras sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Excepciones preliminares, resolución del 23 de enero de 2007, página 11, párrafo 32), y considerando que la Corte debe, pues, determinar si dicha urgencia se verifica en el presente procedimiento”, Caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (*Georgia c. Federación de Rusia*), Resolución del 15 de octubre de 2008, párrafo 129 (Traducción del Tribunal).

necesario obtener la medida solicitada a determinada altura del procedimiento antes de que se dicte el laudo”¹⁴ (Traducción del Tribunal).

74. El Tribunal comparte la opinión de las Demandantes de que la presunta amenaza de terminación de los CPs no genera ninguna urgencia. La urgencia reside en otra parte y se relaciona estrechamente con la no agravación de la controversia, analizada en la sección anterior, a la cual se remite el Tribunal. En efecto, cuando las medidas apuntan a proteger contra la agravación de la controversia durante el proceso, el requisito de urgencia, por definición, se cumple¹⁵.

E. NECESIDAD DE EVITAR EL DAÑO

75. Las partes convienen en que las medidas deben ser necesarias o, en otras palabras, que deben requerirse para evitar que el solicitante sufra un daño o perjuicio. Sin embargo, difieren en la intensidad que debe tener el daño: éste, según las Demandadas, debe ser “*irreparable*”, es decir, no compensable mediante una indemnización, mientras que para la Demandante debe ser “*considerable*”.
76. Las Demandadas sostienen, sustancialmente, que el daño invocado por Burlington Oriente no puede considerarse “*irreparable*” debido a que i) no se incautaron activos de producción y ii) dicho daño puede subsanarse fácilmente mediante una indemnización. Se basan, en particular, en el caso *Occidental Petroleum y otra c. Ecuador* para sostener que “*un mero incremento de los daños no justifica el otorgamiento de medidas provisionales*” (Dúplica, párrafo 55).
77. La Demandante no cuestiona la aseveración de que no se han incautado activos de producción, sino que insiste en que su capacidad operativa se halla gravemente amenazada por las incautaciones, y que la imposición de los pagos previstos en la Ley 42 provocó una pérdida de inversiones en el 2008 y evitó una venta de estas últimas (Declaración testimonial del

¹⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22), Resolución procesal No. 1 del 31 de marzo de 2006, párrafo 76.

¹⁵ La misma opinión se recoge, en particular, en *City Oriente*, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 69.

Sr. Martínez; Transcripción, páginas 114 y 117-118). Asimismo, sostiene que probablemente no tenga más opción que “retirarse” de la inversión.

78. Los términos “necesidad” o “daño” no figuran en las disposiciones pertinentes del CIADI. No obstante, la necesidad es un requisito indispensable de las medidas provisionales cuya existencia por lo general se evalúa sopesando el nivel de daño que el solicitante sufriría a no ser que se dictara la medida.
79. Las Demandadas están en lo cierto al señalar que numerosos tribunales de inversión han requerido la existencia de daño irreparable en el sentido de un daño no compensable mediante una indemnización. En *Occidental*, el tribunal concluyó que no había daño irreparable dado que el daño sufrido por las Demandantes, en caso de existir, podría compensarse mediante una indemnización.¹⁶ En el mismo sentido, el tribunal en *Plama* señaló que aceptaba los argumentos formulados por la demandada de que el daño no era irreparable si podía compensarse mediante una indemnización por daños y perjuicios¹⁷, pero no ahondó en el asunto. En forma análoga, el tribunal de *Metalclad c. México* rechazó la solicitud y destacó que las medidas deben ser necesarias para proteger los derechos del solicitante de “*un perjuicio que no podrá ser enmendado mediante el pago posterior de una indemnización.*”¹⁸
80. Por el contrario, el tribunal de *City Oriente* distinguió el caso que tenía ante sí de los casos relativos a inversiones en donde la única reparación pretendida era una indemnización por daños y perjuicios ya que *City Oriente* reclamaba el cumplimiento específico¹⁹. En su decisión de no revocar las medidas provisionales, el tribunal destacó que ni el Artículo 47 del Convenio del CIADI ni la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI “*exigen que las medidas provisionales sólo se ordenen como medio*

¹⁶ *Occidental*, párrafo 92.

¹⁷ *Plama*, párrafo 46.

¹⁸ *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1), Decisión sobre una solicitud de la parte demandada para una orden que prohíba a la parte demandante revelar información, párrafo 8.

¹⁹ *City Oriente*, Decisión sobre revocación, párrafo 86.

*de evitar un daño irreparable*²⁰. En *Paushok c. Mongolia*, un caso de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) relativo a las inversiones, el tribunal estableció una distinción entre *Plama*, *Occidental* y *City Oriente*, y concluyó que en el derecho internacional la expresión “*daño irreparable*” tiene un “*significado flexible*”. Asimismo, se refirió al Artículo 17 A de la Ley Modelo de la CNUDMI, que sólo exige que “*de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización*”²¹.

81. Sea cual fuere la definición que se adopte, el daño que se ha de considerar no se refiere únicamente al solicitante. El tribunal de *Occidental* recordó que el riesgo de daño debe evaluarse teniendo en cuenta los derechos de ambas partes. Específicamente, declaró que “*no pueden disponerse medidas provisionales para la protección de los derechos de una parte si ellas han de causar perjuicios irreparables para los derechos de la otra parte; en este caso para los derechos de un Estado soberano*”²². En el mismo orden de ideas, el tribunal de *City Oriente* destacó la necesidad de sopesar los intereses en juego. Al referirse al Artículo 17 A(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI, el tribunal hizo hincapié en el equilibrio de intereses que debe lograrse:

“No es tan indispensable que las medidas provisionales sean necesarias para evitar un daño irreparable, sino que el perjuicio que se evite al solicitante merced a dichas medidas debe ser considerable y superar con creces el daño causado a la parte afectada por ellas”²³.

82. Atento a las circunstancias del presente caso, este Tribunal considera apropiado seguir los casos en que se adopta el criterio del “*daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización*”, para utilizar los términos de la Ley Modelo de la CNUDMI. Asimismo, al evaluar la necesidad, sopesará los intereses de ambas partes.

²⁰ *Ibíd.*, párrafo 70.

²¹ *Paushok*, párrafos 62 y 68-69.

²² *Occidental*, párrafo 93.

²³ *City Oriente*, Decisión sobre revocación, párrafo 72.

83. A diferencia de *Occidental*, en el presente caso no se trata exclusivamente de “daños adicionales” causados por el paso del tiempo²⁴, sino de evitar otro tipo de daño. El riesgo aquí es la destrucción de una inversión en curso y de su potencial para generar ingresos que beneficien tanto al inversionista como al Estado. En efecto, si el inversionista debe seguir financiando los gastos operativos al tiempo que genera pérdidas, desde el punto de vista comercial es probable que reduzca al mínimo sus costos de inversión y mantenimiento y por ende, su producto y los ingresos compartidos. Existe también el obvio riesgo económico de que interrumpa totalmente su actividad. Aunque la participación en las utilidades puede ser legítima, en la práctica no es razonable esperar que un inversionista extranjero continúe sosteniendo durante años una inversión que genera pérdidas. Contrariamente a la afirmación de las Demandadas de que la protección deberá otorgarse para evitar que el propio inversionista “*interrumpa sus operaciones*”, el Tribunal considera que el proyecto y su situación económica están en riesgo, independientemente de la conducta del inversionista.
84. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal ha prestado debida atención al argumento de las Demandadas de que las incautaciones no afectaban económicamente a la Demandante. Cada vez que se incauta petróleo por un monto determinado se cancelan deudas ya vencidas en virtud de la Ley 42, lo que permitiría a la Demandante retirar la suma equivalente de la cuenta separada. Aunque la Demandante replica que no tocará el dinero depositado en dicha cuenta, desde el punto de vista matemático la objeción es correcta. No obstante, resulta inaceptable. En efecto, seguiría existiendo el riesgo de que la relación se deteriore aún más y que ello acabe poniendo fin a la inversión. Esto es así, de manera principal, aunque no exclusivamente, si el inversionista tiene la obligación de cancelar tanto los presuntos pagos exigibles que estipula la Ley 42 como los que se vayan generando (Transcripción, páginas 201-202). Las consecuencias de que se termine la inversión afectarían al inversionista, así como al Estado. En ese caso, este último perdería pagos futuros que

²⁴ *Occidental*, párrafo 99.

le corresponden en virtud de la Ley 42 si en definitiva se determina que tiene derecho a ellos.

85. Esta última observación demuestra que las medidas provisionales, si se estructuran adecuadamente, satisfacen el interés de ambas partes, asunto que se abordará en la próxima sección.

F. CUENTA DE DEPÓSITO EN CUSTODIA

86. Como alternativa a su principal solicitud de reparación, Burlington Oriente confirmó durante la audiencia que podía concebir una cuenta de depósito en custodia *“en que puedan mantenerse todos los fondos que son objeto de esta diferencia hasta que el tribunal dicte su decisión”* (Transcripción, párrafo 30, líneas 16-18). El Tribunal de Arbitraje toma nota del argumento de las Demandantes de que dicha cuenta sería *“inadecuad[a] y [...] no se podría manejar”* (Transcripción, página 219, línea 5), porque cubriría exclusivamente a las partes del presente arbitraje, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del Consorcio, y además porque establecer una cuenta de depósito en custodia en el extranjero *“iría en detrimento de la soberanía de Ecuador”* (Trascripción, página 219).
87. El Tribunal de Arbitraje considera que la apertura de una cuenta de depósito en custodia constituiría una solución equilibrada para preservar los derechos de ambas partes. La República del Ecuador tendría la certeza de que las sumas presuntamente adeudadas se pagarían y podrían cobrarse más adelante si se les considerase exigibles. El inversionista se beneficiaría con la finalización del juicio de coactivas y, si bien depositaría sumas considerables en la cuenta de depósito en custodia, tendría la garantía de que podría recuperarlas posteriormente si se declara que no se adeudan. Asimismo, sobre la base de esas garantías, sería razonable esperar que ambas partes siguieran dando cumplimiento a los CPs de conformidad con sus términos.
88. Las condiciones de la cuenta de depósito en custodia y otras cuestiones prácticas requieren una serie de especificaciones:

- i) La cuenta de depósito en custodia contendrá todos los pagos, anteriores y futuros, adeudados bajo la Ley 42 y el Decreto 662. Los pagos anteriores incluirán todos los pagos adeudados por la Demandante y depositados en su cuenta separada. Al parecer, dichos pagos (que ascienden a US\$327,4 millones) fueron efectuados por el Consorcio en dos cuentas independientes radicadas en Estados Unidos (una para cada miembro del Consorcio; véase la Solicitud, párrafo 25). Por lo tanto, aunque el Consorcio sea solidariamente responsable de sus deudas, tal como alegan las Demandadas, la Demandante podrá separar los pagos que debe efectuar de los adeudados por Perenco.
- ii) Los montos depositados en la cuenta de depósito en custodia sólo se liberarán de conformidad con lo que se disponga en el laudo o en un acuerdo debidamente celebrado entre las partes, o con otras instrucciones específicas que imparta este Tribunal.
- iii) El depositario en custodia será una institución financiera reconocida internacionalmente. Por razones de imparcialidad, no será una institución ni de Ecuador, ni de los Estados Unidos, ni de Bermudas.
- iv) Los intereses que devengue la cuenta de depósito en custodia se acreditarán a dicha cuenta y se liberarán de conformidad con lo que se disponga en el laudo o en un acuerdo entre las partes, o con otras instrucciones que imparta este Tribunal.
- v) Los costos generados por cuenta de depósito en custodia serán sufragados en partes iguales pero las partes podrán incluirlos en sus respectivas reclamaciones de daños y perjuicios.

IV. DECISIÓN

Por las razones expresadas, el Tribunal de Arbitraje dispone lo siguiente:

1. Las partes dialogarán y harán todo lo posible para ponerse de acuerdo sobre la apertura de una cuenta de depósito en custodia en una institución financiera reconocida internacionalmente, constituida fuera de Ecuador, Estados Unidos y Bermudas.
2. Burlington Oriente deberá depositar en dicha cuenta todos los pagos, anteriores y futuros, presuntamente adeudados bajo la Ley 42 y el Decreto 662, incluidos todos los pagos efectuados por las Demandantes en su cuenta separada.

3. Los montos depositados en la cuenta de depósito en custodia sólo se liberarán de conformidad con lo que se disponga en el laudo o en un acuerdo debidamente celebrado entre las partes, o con otras instrucciones que imparta este Tribunal.
4. Los costos generados por la cuenta de depósito en custodia serán sufragados en partes iguales, y las partes podrán incluirlos en sus respectivas reclamaciones de daños y perjuicios.
5. Los intereses que devengue la cuenta de depósito en custodia se acreditarán a dicha cuenta y se liberarán de conformidad con lo que se disponga en el laudo o en un acuerdo entre las partes, o con otras instrucciones que imparta este Tribunal;
6. Si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre la apertura de una cuenta de depósito en custodia dentro de los 60 días contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución, deberán informar al Tribunal de Arbitraje, detallando el estado en que se encuentren las negociaciones y el contenido y las razones de sus desacuerdos, tras lo cual el Tribunal de Arbitraje se expedirá sobre las cuestiones pendientes.
7. Las Demandadas deberán poner término a los procedimientos pendientes contra la Demandante en el marco del juicio de coactivas y se abstendrán de iniciar nuevas acciones de esa naturaleza.
8. Las partes se abstendrán de todo acto que pueda agravar la controversia hasta el dictado del laudo o la reconsideración de la presente resolución. En particular, Burlington Oriente se abstendrá de cumplir su amenaza de abandonar el proyecto y Ecuador se abstendrá de realizar cualquier acto que pueda inducir a Burlington Oriente a tomar esa medida.
9. Se da por terminada la resolución emitida por este Tribunal con fecha de 6 marzo de 2009.
10. Las costas se determinarán en una decisión o laudo posterior.

[firmado]
Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta del Tribunal

[firmado]
Profesor Francisco Orrego Vicuña
Árbitro

[firmado]
Profesora Brigitte Stern
Árbitro